

民法解釈学について

高 島 平 蔵

〔1〕 はじめに

a 民法解釈学に対する疑問

民法を学び始めたのは、もう随分昔のことになる。当時、私は、この学問に大きな魅力を感じながらも、同時に、いろいろな疑問を抱いた。一番の問題は、民法学が、いったい学問として認められるものかどうかということだった。私はその頃、自然科学などを頭に浮かべながら、自分が携わろうとしている民法学が、そういう学問とあまりに隔たっていることに、なにか物足りない気持ちを抑えることができなかった。それは、民法学だけでなく、法学全体に対する疑問でもあった。だが、戦時中の正味一年半という短かった大学生活の中で、この疑問は、漠然とし

た気持ちのままで終わってしまった。その後、本格的に民法学の研究に従事するようになって、今度は腰を据えてこの問題に対決することになったが、いろいろと考えているうちに、いつしか五十年の歳月が経過したというわけである。

民法解釈学の性格や方法を考えることは、民法学全体に関わる問題であり、したがってこの問題は、民法総論の締め括りをする最終講義のテーマとしても相応しいのではないかとおもわれる。もっとも、これはなかなかの大問題で、一時間くらいでは、概観だけでも困難である。でも、なんとか民法総論の復習も兼ねて、その一端を述べてみたい。なにか皆さんの学習の参考になれば幸せである。

b 民法解釈学の特徴

ところで、この民法解釈学という名前だが、皆さんが、民法総論で勉強してきたのは、実は、民法解釈学と呼ばれる法学の一領域なのである。刑法は刑法解釈学、商法は商法解釈学というように、法学部で学ぶのは、主としてこの解釈学という領域である。これに対して、法哲学とか法史学とか法社会学、あるいは刑事政策学などは、解釈学とは別の、独自の法学領域を形成している。

さて皆さんは、民法総論を学んできたとき、別にあまり気にしなかったかもしれないが、一度、この民法解釈学というのがどんな学問なのだろうか、そこで一体なにを学んでいるのだろうかなどを考えだすと、いろいろなことが気掛かりになってくるはずである。

たとえば、この学問は、どんなことを内容にしているのか、法哲学や法社会学に比べてどこに特徴があるかが問題になる。

われわれは、この領域で、法哲学のように、法の本質というような基本問題を学ぶわけではない。そこでは実定法が当面の研究対象になっている。また、法社会学のように、現在の法現象を客観的、没価値的に認識することを主要な内容とするわけでもない。実定法をどう解釈、適用するかを考えるのがその内容である。法史学のように、法の歴史を認識しようとするものでもない。要するに、現在われわれを規律している民法を対象にし、その内容を知り、考え、実際の事件に適用される規範の体系を構築することを学んできたのである。

c いくつかの問題

法の意味をあきらかにして、それを実際のケースに当てはめるために具体化するということが、普通、解釈と呼ばれる作業である。では、この仕事だけが民法解釈学の内容なのだろうか。総論では、民法典の成立過程だとか、その編別だとか、民法の基本原則などとりあげたが、それらが解釈学に含まれるかどうか心配になる。また、解釈学を学ぶといっても、その内容をどんなふうに学ぶべきなのだろうか。

こういう問題提起に対して、あるいは異議が出るかもしれない。「そんなことはどうだっていいじゃないか。ともかく民法に関することを学ぶのが民法学だとおもっていれば済むのではないか」と。でも、そう簡単にはいかないのである。

たとえば、八五条で、ちゃんと「有体物」と書いてあるのを、「排他的な管理が可能なもの」というように勝手に理解してしまっているのだろうか。誰かが「そんなことはいけない」といったらどうなるのだろうか。規定もないのに、意思無能力者のやった法律行為は無効であるなどと決めてしまっているのだろうか。

そればかりではない。皆さんが、さらにこの学問に分け入ろうとすると、もっと根本的な問題も出てくるだろう。

たとえば、一生懸命に、八五条の有体物の解釈を勉強していたら、民法が改正になって、「本法ニ於テ物トハ法律上排他的ニ管理ヲ為シ得ル対象を謂フ」とでも規定されてしまったら、折角の勉強も水の泡になるのではないか。九四条二項の「善意ノ第三者」について、善意のほか、さらに無過失まで要求すべきかどうかについて見解が対立しているが、どちらにも決め手というものはない。実験などでどちらが真理かの決着はつかない。どうも頼りない感じがする。

また、皆さんは、民法規定の論理的な操作で適切な結論を導くことを学んだ。だが、こういう操作が否応なしに一つの結論に到達するならないが、どうもそうではないようだ。結論の方を先に出して、あとから論理をそちらに向けて操作しているようにおもわれる。だとすると、いったいこれで構わないのかどうかも気掛かりだ。

d 民法解釈学だけをとりあげる理由

いまみてきたような問題は、なにも民法学についてだけ出てくるわけではない。別の領域でも同様な問題のあることが推測されるが、ここでは、あえて民法解釈学だけをとりあげる。これは、ひとつには、私が民法学を専攻しており、その分を守るべきだと考えるからである。しかしそれだけではない。解釈についての論議は、法哲学などの側からもなされているが、そこでは、自ずから、法解釈一般がとりあげられる。これに対して、実定法の研究に携わる者の場合は、自分の具体的な体験にもとづいて考えるところに法哲学者とは違った独自な意味があるはずだ。そして、この解釈についての体験は、民法、商法、刑法など、各領域の特殊性に応じて異なるわけであり、やがてはそれらを総合して、実定法研究者の側からの解釈学観が形成されていくべきものであるう。

こんなわけで、以下においては、ひとまず問題を民法解釈学についてのものとして取り扱っていきたいとおもう。

〔2〕 民法解釈学と自然科学

a さまざまな試み

いま述べてきたような問題については、すでに早くから、多くの学者が悩み、考え、その解釈のために苦闘を続けてきている。

たとえば、あのキルヒマンの場合が、ひとつの典型である。彼は、法学の対象が偶然的なものであることを指摘し、立法者が三つの言葉を訂正すれば、すべての蔵書が反故になるといふ有名な表現を用いて、「科学としての法学の無価値性」をショッキングに浮かび上がらせた。またいわゆるリアリズムの考え方の中では、法が、結局裁判官の自由な判断によつて下された判決そのものにほかならないこと、裁判官達は、法の適用という見せ掛けのもとに、実はそれに拘束されることなく、法を作り出しているという事実が指摘されている。戦後、栗栖教授が同様の見解を示され、これが法解釈論争のひとつの糸口となったが、こういう問題提起は、いわばいままで続けられてきた苦闘の成果の確認、展開にはかならないのであり、もしこれによつて新たにショックを受けたとすれば、それは法学者の怠慢というべきだろう。

こういう問題が出てきたことには、それなりの理由がある。それは、古典的な自然法思想の衰退という、法学の発達のひとつの段階において生じた現象だったといつてよい。

それまで支配的な力を誇っていた自然法思想の衰えにより、法学は、形而上学的な世界から追放される。あるい

は解放される。それは、天上から地上に、絶対的なものの庇護の中から、冷たい現実のうちに放り出されたのである。こうして法学は、独自の方法を模索することを余儀なくされた。そして、ここで選ばれたモデルが、一九世紀以来、輝かしい成果を誇っていた自然科学だったのである。

b 自然科学との対比

いろいろな人が、いろいろな自然科学の領域を法学に対比させ、これをモデルにした。さきに挙げたキルヒマンはまさしくこの自然科学を模範とし、法学をこれと比較して、その学問的価値への反省を促したのであった。しかし、なかには、手放して、法学を物理学と同視して、その科学性を承認する人もないではない。たとえば、ネオ・リアリズムの理論家であるクックなどは、法律家もまた、物理学の場合と同様に客観的な外部の事象の研究に従事しており、原子や遊星の代わりに、人間の行態を取り扱っていることを指摘している。もっともこの人は、はじめ物理学を専攻していたそうだから、これも当然だったといえるかもしれない。

だが、自然科学との隔たりを認めるにしても、あるいはまた、両者の類似性から出発するにしても、法解釈学を、理論物理学のような、法則認識を内容とする学問と対比させるのは、土台無理な話なのである。キルヒマンの用いたショック療法のトリックも、実はこの対比すべからざるものを対比してみせたところにあるのだ。もし法解釈学を自然科学と対比させるとしたら、基礎医学に対する臨床医学とか、力学に対する建築学とかいうような、自然科学的な技術学をもってくるのが適当だろう。こういう技術学と対応させてみると、先に述べたような問題の一部は、それだけで片がつくのである。たとえば、新しい医療技術が開発されると、古くなった技術を学んだことが役に立たなくなるだろう。細菌の抵抗力が強くなれば、新たな技術が必要になるだろう。どちらの治療法が適切かの、決

め手のない見解の対立も出てくるだろう。

このような基礎科学と技術学の関係を自覚的に取り上げたのは、あのオイゲン・エールリツヒであった。彼は、医者や機械技師などは、かつて症候とそれに対処するための薬剤を暗記したり、徒弟的な訓練に頼ったりしていたが、基礎科学の樹立によって科学者になってきたことを指摘する。それと同様に、法学も、基礎科学をもつことによって、科学になっていくべきだとするのである。してみると、ここで臨床医学などに対応するのが、法解釈学、彼のいう実用法学ということになるだろう。

このように、法解釈学を、基礎科学における認識を土台にし、それを利用して望ましいとされる結果を実現する技術学としてとらえる考え方は、その後も推進されてきた。法解釈学を応用科学だと明言する法哲学者もいる。

〔3〕 技術学としての民法解釈学

a 技術学的性格への疑問

民法解釈学を自然科学的な技術学に対比させ、そこに共通性を見いだし、将来の発展のための範型を求めていくとするこの態度は、基本的に適切なものとおもわれる。私もまた、そのように考えてきた。しかしこれを、簡単に応用科学や技術学として割り切って安心してしまうほど楽天的にはなれなかった。それは次のような事情によるものであった。

まず、ある学問の性格を考える場合、他の学問領域と比較してみるのがきわめて有効なやりかたであろう。そし

て、比較される学問にもいろいろあるだろうが、学問としての典型的な要素を備えると考えられ、かつ、現実にもその成果を示してきた自然科学がもつとも適切かとおもわれる。それに、法学にも、できるだけ科学的性格を与えていこうとすることが、一般にも望ましいとされているし、いままでもこの方向に向けての努力がなされ、効果をあげてきていることも、承認しなければならぬ。自然科学の方法やその成果に対する反省、再検討の要請があるにしても、法学はこの段階を通過しなければならぬだろう。これは単に、あこがれなどという心情的なものではない。また、自然科学と対比するとき、前述のように、基礎的な法則認識の領域でなく、基礎学の認識成果と、望ましいとされる結果を技術的に結びつける自然科学的技術学を選ぶことが適切である。

しかし、対比される対象は、厳格にとらえておかなければならない。そうしないと、双方の類似性の判断などが恣意的になされ、曖昧になる危険が生ずる。それゆえ、自然科学的な技術学のぎりぎりの特徴をとりだしてみる必要がある。そうするとこの特徴は、「基礎学によって認識された法則を利（適）用して、望ましいとされる状態を実現する技術の内容としている」というところに求められるだろう。

ここで注意しなければならないのは、単に、認識の成果を考慮するとか、参考にするとかの程度では足りないということである。つまり、認識の成果とその利用というとき、利用されるのはまさしくこの認識された法則でなければならぬし、この法則を適用する操作が必要なのである。だから、考慮したり参考にしたりの程度で、科学的だと安易に考えてはいけぬ。社会現象や歴史などの叙述をいくらか交え、あとは普通の解釈学をそのまま踏襲しただけで、社会科学としての法学と銘打つとすれば、これは羊頭狗肉というべきであらう。

私は、さきに述べたとおり、ひとまず、民法解釈学は自然科学的技術学に対応するものであり、それをモデルと

して科学性を深めていくべきだと考えた。しかしその場合、ひとつの保留をしておいた。それは、民法解釈学が、いま指摘したような技術学の要件を充たしているかどうかは、なお検討が必要だということだった。

ところが、その後、この点を検討しているうちに、どうもこれは駄目なのではないかとおもわれてきたのである。まことにいいアイデアをだしてくれたエールリッヒも、この点では結局挫折している。彼は、法現象の法則を認識する基礎学の代わりに、社会に生きて働く法、諸団体の秩序を認識する法社会学を打ち立てた。だから、立法や解釈がこれを参考にすることは認められるとしても、法則の利用という要素は導入できなかった。つまりこの基礎学は、考慮され、参考にされる程度の事実の認識を提供するにとどまっている。立法や解釈は、生きた法をそのまま認めることもあるにはあるが、それを拒否して別の規範を定立することだってある。ここではそういう事実が無視されてしまったのだ。これでは厳格な意味での技術学にはならない。解釈者が科学者になったともいえない。

皆さんの体験を思い出していただきたい。四三条の法人の「目的ノ範圍内」の意味を緩やかに解したり、九四条二項で、第三者の無過失の要件を追加したりするとき、いったい、どんな法則が認識され、判断の基礎になっているのだろうか。こういう解釈をしたらこういう法則が作用して、望ましいとされた社会状態が発生すると考えて解釈をしているだろうか。むしろそこでは、そういう解釈が正しいとかいいとか考えている、つまり価値判断そのものが思考を動かしているのではないだろうか。この方向を進めていくと、民法解釈学は、価値を対象にする学問になつてしまつのではないだろうか。

こんなわけで、私は一度絶望した。法現象の法則の認識の点が不十分だ。その法則を利用する操作が欠けている。保留しておいた要件が充たされそうもないのである。しかし、その後さらに、いや、たしかに厳格にこのモデルに

あてはまらないかもしれないが、基本的にそれほど異質なものとはいえないのではないかと考え直し、いまなお考慮中である。このように考え直したのは、次のような事情による。

b 技術学的性格の承認

現在、「法と経済学」という新しい領域が開発され、独自の方法が提案されている。たとえば、不法行為において、企業が消費者に損害を与えた場合、誰に、どのように責任を負わせるかが問題になる。ここで、こういう処理をすると、企業が経済的な判断によってこう動くだろうと予測し、予め望ましい結果に向けて、この動きを利用して規範を定立すべきことが主張されている。この主張においては、企業を動かす法則が認識され、そのまま利用される。したがって、この場合、技術学的要件が備わっているといつてよい。ただ、ここで用いられる法則は、法現象の法則とはいえないけれども。

これに対して、この処理は、特別な場合に認められる特別なものにすぎないのではないかと疑問も出るだろう。しかし、法技術のうちには、一般的に考えても、実はこのような要素が含まれているといつていいようにおもわれる。

民法の規定を設ける場合を考えてみる（法技術の内容としては、解釈とともに立法も含まれること、後に述べるとおりである）。たとえば、三二条ノ二で、同時死亡の推定が規定された。これは、このような規定がないと、事実上財産を押さえてしまった者が有利になることがありうるが、こんな状態が生じないようにしようとの意図による。そして、同条を設けることによって、この目的を実現しようというわけである。

また、解釈の例でいうと、四三条の規定を悪用して、法人が、都合の悪い取引の効力を否定し、責任を免れるの

を防止しようと考える。それを「目的ノ範圍内」の意味を広げることによって実現する。

このような立法や解釈は、個々の事件についての不当な結果を直接に拒否すると同時に、一般的効果をも意図している。これらの規範は、一般的にも妥当するから、こういう状態の一般的な防止の機能をもつことになる。ところでこの一般的効果は、法がそのように規定する以上、たとえ争っても無益だとか不利だとかいうような当事者の合理的判断によつて実現するだろう。だとすると、少なくとも大量現象として、意図された状態の発生は、恣意的、偶然的要素を小さくし、この望ましい反応は、われわれの単なる期待や、かくあるべしとの倫理的要請からも独立して、客観的に予測できる法則性を帯び、規範の定立と望ましい状態の実現とを、因果の關係をもつて結びつけることになる。

このようにみると、一般的にいつて、自然科学的技術学の場合に類似した關係が、民法解釈学にも内在していることが認められる。ただこの対比には、まったく問題がないわけでもない。

第一に、ここで用いられているのは、基礎法学というべきものによつて認識された法則ではない。法現象そのものの法則とはいえない。だが、自然科学的な技術学においても、すべてが専用の基礎学をもっているわけではない。

第二に、民法技術学の場合、これらの法則は、必ずしも自覺的に法則として発見され、利用されることを必要としないだろう。この点は、重要な差異といえるかもしれない。しかし、それにもかかわらず、そこには、「法と経済学」の場合にみられるような、法則と立法や解釈の關係が潜在しているのは間違いないのであり、その気になれば認識でき、利用できるものであることは、承認されていいだろう。

結論として、民法解釈学は、ぴたりと当てはまらないとしても、たしかに技術学的な性格を内在させており、し

かも技術学としての取扱いを自覚的に推進していくことが、この学問領域の発展のための方向だとおもわれる。現在、私が民法解釈学の技術学としての承認に到達した事情は、大要、以上のようなものである。

〔4〕 民法技術学の構想

a 技術学の名称

いま、民法解釈学を、自然科学的な技術学に類似するものとしてとらえてきたが、こういう性格を認めるとすると、やはり、解釈学という名前が、どうも不適當のようにおもわれてくる。民法解釈学は、たしかに一般的な意味での解釈学の性格をもっている。しかしその技術学的な特徴を強調していこうとする場合、解釈学の名前は狭すぎるし、その一部である解釈作業だけを全面に押し出すという印象を免れない。むしろ、技術学としての民法学のあるべき姿を構想したうえで、解釈学的性格が、そのなかでどんな位置を占めるかを考えたほうが適當だとおもわれる。そこで、以下、解釈学に代えて、民法技術学の名称を使い、二、三の問題点の指摘をとおして、この学問領域の構想の手掛かりにしてみたいとおもう。

b 民法技術学の内容

いままでみてきたところからもあきらかなように、民法技術学は、民法として総括される法規範を手段として、適切、有効な社会規制をおこなうための技術をその内容とする。したがって、そこには、既存の法規範の解釈による運用だけでなく、純粹な意味での立法も含まれるべきである。解釈論と立法論の峻別は、本来、どこまでが裁判

の基準となりうるかという実際の問題であり、民法技術学上の問題としては、両者を同様なウエイトをもって扱うべきであろう。解釈学のなかに、付随的なものとしての地位を与えられるにすぎなかった立法論は、解釈作業と対等の研究対象とされると同時に、技術学に携わる者には、立法論についての知識、見解が、強く要請されなければならないであろう。

c 民法技術学と価値

民法解釈学を技術学としてとらえたことに対しては、「われわれが解釈をするときに大切な要素になっている、あの正義とか公平とかの価値の問題はどうなったのだ」という疑問がでるだろう。これは、技術学一般にとっても重要な問いかけである。

もちろん、技術学では、価値が大きな意味をもっている。望ましいとされる状態の実現がその目的だからである。皆さんも、「法人の責任を重くした方がいい」、「相手方の取引安全を保護した方がいい」と考えて解釈をしているはずだ。しかし、だからといって、技術学は、価値そのものを研究する学問ではない。「いい」とはどういうことなのかを、直接の対象としない。「なにが正義か公平か」ではなく、前提されたこのような価値を実現するために、ある技術が「適切かどうか」がその内容になる。この適切性という形で出てくる価値こそが、技術学で取り扱う価値なのである。これは技術的価値とよんでいいだろう。

皆さんの体験を振り返っていただきたい。四三条や九四条二項などの解釈をするとき、これが正しい解釈だと考えてやっているだろう。でも、なぜそれが正しいのか、正義とか公平とかいうのはいったいなんなのかを法哲学的に研究してから解釈をしているわけではないだろう。自分の考える正義や公平をひとまず前提とし、こう解するこ

とが、この価値を実現するために適切だと判断して、結論をだしているはずである。つまり、手段としてのテクニックとの関係で正義や公平などが問題になってくるところに、技術学としての民法解釈学の特徴が認められる。もしそうでなく、基本的な価値そのものを研究するのが内容だとしたら、この学問の独自の意義は失われてしまうだろう。

それに、民法の技術的規制においては、直接こういう価値に関係ないものもある。期間の計算などが、その例である。ここでは正義などの価値は問題にならず、もっぱらこれが便利だというような、技術的価値だけが問題になっているのだ。大体、解釈や解釈学を論ずるとき、基本的な価値判断の対立があるような場合、つまり議論に都合のいい場合をとりあげるのが普通だが、本当は、そういう問題のない例をも併せ考えながら、一般的な結論をだすのがフェアな態度である。学問とはそういうものであろう。

d 認識と実践

サヴィニーは、解釈を論ずるとき、法律家にとって直観が重要であることを強調している。われわれも、法律家が人間としてどうあるべきかを考える。しかしこういうことも、実は、民法技術学の性格の検討と深く関わっているのである。それは、技術学が実践の学か、認識の学かという問題である。

民法技術学は、やはり技術についての認識の学であって、実践としての解釈という行為とは、はっきり区別されるべきである。これは、医学と医療の関係についてもあてはまるだろう。医は仁術だといわれる。医者にも直観が必要だろう。とくに外科医の場合、器用さが大切だろう。患者の信頼をうけられるような人柄も要求されるだろう。しかしこういうことは、けっして臨床医学そのものの内容ではない。これらは、技術学としての医学を学んだ者が、

医療という実践に携わるときの、つまり実践の場面での問題なのである。

法学でも、実践のための技術学と、これに基づく実践じたいとの区別は、きわめて重要である。実践については、しばしば、非合理的な要素が入り込むし、両者の区別を曖昧にしておく、技術学の確立のための努力、その性格の厳密な確定や、これに基づく方法の純化などが妨げられることになるであろう。それゆえ、こういう要素を排除して、その合理的、科学的な性格を厳格に保持することが、よりよく実践に奉仕しうる学問となるためにも、必要だといわねばならない。

e 民法技術学の体系

民法技術学も、学問である以上、体系をもたなければならぬ。しかしこれも、技術学としての体系でなければならぬ。しかし、すでに民法典はそれじたいの体系をもっているし、民法解釈学も、基本的にこれに則した体系を構築しているから、この点は格別問題にならないようにもおもわれる。

だが、従来の体系は、本来の意味での技術学の体系とはいえない。望ましい状態の実現のための技術という視点に立つて作られたものではない。もちろん両者は重なり合う部分をもつが、この視点の差異は重要である。技術学としては、規制される社会関係を、規制の目的やテクニクによって整理することが出発点になるだろう。たとえば、民法典のうちに散在する取引保護の規制などは、状況とその処理の方法を総合した、独自の対象とされるべきだろう。団体規制なども同様である。そしてまた、この団体規制は、団体との取引の保護の問題を含むから、両者は関連し、さらにこれらを総合した観点によって体系的に整理されていくことになるだろう。これは、従来の体系をばらばらにして、機能によって整理し直すという、いままでもしばしばおこなわれた作業と同一のものではない。

関連する部分を抜き出し、一括して、金融法とか土地法とかいう項目で纏めて扱うあの方法とも違っている。技術的手段という独自の観点からの、新たな基準による整理、体系化であるべきだ。

これに対して、現在の民法学の体系は、多分に論理的秩序としての性格を帯びている。それは、民法規定の適用の統一性の確保という、それじたい技術的な目的に奉仕する。また、民法を学びやすくする、つまり教育の成果をあげるためにも役立つのである。いずれにしても、技術学的体系は、従来の解釈学的体系に代わるものとはいえない。それと両立するのである。しかし両者の関係をどのように構想していくかは、将来の課題である。

もつとも、現在すでに、従来の論理的体系の中に、一部、技術学的思考方法が侵入しているとみられる場合がある。

いわゆる二重効の問題がその例といえるだろう。意思能力のない行為無能力者が法律行為をした場合とか、詐欺による法律行為が無効錯誤の要件を充たす場合などに生ずる問題である。これらの場合、ひとつの法律行為は無効であると同時に取消可能でもあるというのは、論理的に矛盾するはずだが、無効にしても取消にしても、これらはいずれも行為者保護のための技術的手段なのだから、どちらでも選べるようにするのが制度の趣旨に適うと解されてきた。これはまさしく、技術学の思考方法が論理的な体系を克服したものと考えてよい。私は前者を「技術の論理」と呼んでいる。

こういう現象は、別の形でも現れてきている。たとえば、いわゆる実益の問題もこれに属する。いかに規制するかという技術的な観点が、どう論理的に構成するかに優先する場合だからである。法人の本質についての論議が意味を失ってきたことが指摘される。それも、擬制説や實在説などの本質論から適切な規制を論理的に導く必要はな

く、直接、技術的処理の適切性という観点から結論をだせばいいと考えられるためである。

さらに、定義についても再考する必要がある。定義は、技術学的には、単なる体系上の出発点ではなく、主としてある事実が、定義されたものに該当するかどうかの識別基準である。しかし、従来の定義のうちには、この自覚に欠け、識別基準として過不足のあるものが多い。たとえば物権や債権の定義を用いて、ある権利がこれに該当するかどうかを判断しようとする、この作業が意外に困難なことが了解されるはずである。また、法律行為の定義のうち、「法律要件である」ということは必要かどうか、そこには説明と識別基準との混同があるのではないかなどが問題になるだろう。

「性質」についても同様の問題がある。技術学上の性質は、あくまでも、実際の法律の法規制に結びついてこそ意味があるはずだ。しかし、従来の体系のなかでは、客観的に認識された事実のような形で性質が出てくることがある。たとえば、実際の規範定立との関係を意識することなく、所有権の弾力性などの特質の指摘がなされている。この点、技術学的には、これがどれだけ規範定立としての意味をもちうるかを、再検討しなければならないであろう。

f 技術学的専門性

民法総論の講義の最初に、「民法は入門しやすい。そこでは常識的な判断が、法的な結論と合致することが多い。しかし専門家の問題は、そこから始まるのだ」というようなことを話し、その例として、隣家の庭石が転がり込んできたときの処理を挙げた。この場合、石を退けさせることができるだろうという判断は、素人にもできるはずだ。ところが、相手の方でも石の返還を要求できるのか、両方の主張がぶつかったらどうするのか、不可抗力の場合は

どうか、費用は誰が負担すべきか、というような問題が出てくると、素人判断はついていけなくなる。民法の規制の全体を踏まえて、その体系に適合するように、効果的な結論をださなければならない。これが専門家の仕事になる。こういう判断ができるようになるためには、民法学を学ぶ必要がある。

それでは、民法技術学の視点に立つとき、その専門家の専門性は、いったいどこに見いだされるのだろうか。この問題は、解釈のやり方とも密接な関係をもつてくる。解釈の方法として、「まず、法規をはなれて、どんな解決がいいかを考えてみる。次に、条文を考慮しながら理論構成をする」というやり方がよく示される。だが、本当にこれでもいいのか、このようにやっているのかは問題である。

ここにてでくる始めの作業は、いわゆる価値判断であるが、このやり方によれば、これは専門的判断とはいえない性質のものになる。一方、理論構成は、専門的な仕事のはずだが、いまのような考えを押し進めていくと、その内容は、単なる素人判断の根拠づけにしかすぎなくなってしまうだろう。つまりこれでは、民法の規定によって社会を規制するという、技術的、積極的な要素が無視されてしまうのである。

それに、たとえば、電気を物にしているかというような問題については、いきなり常識でなにがいいかを判断するのが困難だろう。専門家の仕事は、八五条が有体物だけを物にしたことの技術的意味を考え、それに照らして、電気を物として扱うのが適当かどうかを判断する。そういう思考のプロセスの中にある。

だから、一般にいわれているような解釈方法では、実は、価値判断と理論構成の双方がそれぞれ中途半端な性格を帯びてしまう。そして、この価値判断も専門的な仕事の一部であると誤信するところから、民法学者がときに自分を警世家と思い込んだりするのだ。

いずれにしても、専門家の仕事は、民法の技術的処理に通じ、その技術の専門家として解決を考えるとところにあり、これに携わる者は、このような技術についての専門家であることを自覚すべきだろう。

〔5〕 おわりに

以上、中間報告という形で、民法解釈学に関するいくつかの問題をとりあげ、過去を振り返ると同時に将来を展望し、それについての検討をおこなってきた。ここで述べた考えに対しては、別の見解ももちろんあるだろうし、さまざまな批判も予想される。私もなおいろいろな点をさらに詰めていかなければならないとおもっている。

しかし、少なくとも、われわれが現在学んでいる民法学にこういう問題があり、それが多くの人によって考えられ、また考え続けられている事実を知ることにより、民法学の学習はいっそう興味深いものになるだろう。

いま述べてきたような問題をさらに検討していただき、皆さんによって、民法学のみでなく、法学全般の研究が、よりいっそう進められ、深められることを期待して、講義を終わりたいとおもう。

〔付記〕

本稿は、一九九三年一月二〇日におこなった「民法総論」の最終講義の内容を要約したものである。ここに提起された諸問題については、他日機会をえてさらに詳論したいと考えている。